

KS. JÓZEF RYBCZYK

## ALTERNATYWNE PROPOZYCJE ROZWIĄZAŃ W PROJEKCIE NOWEGO PRAWA MAŁŻEŃSKIEGO

Papieską Komisja do Spraw Rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego w swoich dwóch sekcjach „De sacramentis” i „De matrimonio” zakończyła prace badawcze na początku 1975 r. Owocem przeprowadzonych badań jest projekt nowego prawa w dziedzinie sakramentów<sup>1</sup>. Dnia 2 II 1975 r. dokument ten został przesłany do wszystkich konferencji biskupów, uniwersytetów katolickich i papieskich fakultetów teologicznych z prośbą o wyrażenie krytycznych uwag i postulatów do końca 1975 r. Schemat zawiera 361 kanonów i obejmuje wszystkie sakramenty. Prawo małżeńskie jest w nim zawarte w kan. 246-361. Liczba kanonów w dziale prawa małżeńskiego uległa więc zmniejszeniu z 132 do 120.

Oceniając ogólnie projekt nowego prawa małżeńskiego należy stwierdzić, że Komisja przeprowadziła gruntowną przebudowę istniejących norm prawa małżeńskiego w duchu nauki Soboru Watykańskiego II, wykorzystując przy tym wszystkie osiągnięcia nauki prawa i jurysprudencji oraz odpowiedzi Papieskiej Komisji Interpretacyjnej i kongregacji rzymskich z okresu 1918-1965.

Jest rzeczą niemożliwą, ażeby w ramach jednego artykułu przeprowadzić wyczerpująco analizę i ocenę całego projektu nowego prawa małżeńskiego, dlatego wybrałem tylko niektóre zagadnienia: mianowicie te, które do końca prac komisji dzieliły konsultorów na dwie grupy i stąd do końca przetrwały dwie odrębne propozycje rozwiązań, przy czym za każdą propozycją opowiadała się równa lub prawie równa ilość konsultorów. W efekcie postanowiono więc umieścić w schemacie dwie równorzędne wersje kanonu, poddając je pod ocenę biskupów i przedstawicieli nauki. Stąd tytuł mojego artykułu: alternatywne propozycje rozwiązań w projekcie nowego prawa małżeńskiego.

1. Pierwszą okazję do zaistnienia takiej sytuacji dała analiza kan. 1013 § 1. Jak wiadomo, kanon ten traktuje o istotnych celach małżeństwa, dzie-

<sup>1</sup> *Schema documenti Pontificii quo disciplina canonica de sacramentis recognoscitur*. Typis Polyglottis Vaticanis 1975.

łąc je na cel pierwszorzędny (*procreatio et educatio prolis*) i cel drugorzędny (*mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae*). Wyjaśnienie Świętego Oficjum z 1 IV 1944 r. stwierdziło<sup>2</sup>, że cel drugorzędny jest ściśle zespolony z celem pierwszorzędnym i jemu podporządkowany. Przeprowadzona na komisji wnikliwa krytyka sformułowania kodeksowego wykazała, że podział istotnych celów małżeństwa w kan. 1013 § 1 jest zbyt mechaniczny i niepotrzebny, gdyż wprowadza do istotnych celów hierarchię wartości. W założeniu, że wszystkie cele małżeństwa w kan. 1013 § 1 są istotnymi celami, ustawianie ich w drabinie hierarchicznej wartości jest niedopuszczalne. Ponadto imienne wyliczenie tych celów w kanonie nie jest w zasadzie ani pełne, ani wyczerpujące. Na przykład nie mówi się ani słowem o wzajemnym uświęceniu małżonków, co przecież wynika z natury sakramentalnego małżeństwa. Jeżeli w ogóle może być mowa o jakimś podziale celów małżeństwa, to należy stwierdzić, że byłby dopuszczalny podział ze względu na ich charakter — np. cel społeczny (zrodzenie i wychowanie potomstwa) i cel indywidualny (wzajemna pomoc i godziwe uśmierzenie pożądliwości).

W trakcie dyskusji nad tą sprawą stanął więc przed komisją do rozwiązania problem wielkiej miary: jak powiązać i jak wyrazić w kanonie personalne relacje małżonków i naturalną tendencję małżeństwa do rodzenia i wychowania potomstwa, o czym szeroko i wnikliwie mówi konstytucja *Gaudium et spes*<sup>3</sup>. Oto znamienna wypowiedź Soboru Watykańskiego II: „Z samej natury swej instytucja małżeńska oraz miłość małżeńska nastawione są na rodzenie i wychowanie potomstwa, co stanowi jej jakby szczytowe uwieńczenie [...]. W ten sposób mężczyzna i niewiasta przez najściślejsze zjednoczenie osób i działań świadczą sobie wzajemnie pomoc i posługę i doświadczają sensu swojej jedności i osiągają ją w coraz pełniejszej mierze [...]. Zbawca ludzi i Oblubieniec Kościoła wychodzi naprzeciw chrześcijańskim małżonkom przez sakrament małżeństwa i pozostaje z nimi po to, aby jak on umiłował Kościół, również małżonkowie przez obopólne oddanie się sobie miłowali się wzajemnie w trwałej wierności. Prawdziwa miłość małżeńska włącza się w miłość Bożą i kierowana jest oraz doznaje wzbogacenia przez moc Chrystusa i zbawczą działalność Kościoła, aby skutecznie prowadzić małżonków do Boga oraz wspierać ich i otuchy dodawać we wzniosłym zadaniu ojca i matki. Dlatego osobny sakrament umacnia i jakby konsekruje małżonków chrześcijańskich do obowiązków i godności ich stanu; wypełniając mocą tego sakramentu swoje zadania małżeńskie i rodzinne [...] zbliżają się małżonkowie coraz bardziej do osiągnięcia własnej doskonałości i obopólnego uświęcenia. Miłość

<sup>2</sup> AAS 36:1944 s. 103; „Periodica” 33:1944 s. 219-228.

<sup>3</sup> „Communicationes” 3:1971 s. 70.

małżeńska jest wybitnie ludzka, bo kieruje się od osoby do osoby pod wpływem dobrowolnego uczucia, obejmuje dobro całej rodziny. Może też nadać szczególną godność cielesnym i duchowym swoim przejawom oraz uszlachetnić je jako składniki i swoiste oznaki małżeńskiej przyjaźni. Tę miłość Pan nasz zechciał szczególnym darem swej łaski i miłości uzdrowić, udoskonalić i wywyższyć. Taka miłość, wiąże ze sobą czynniki boskie i ludzkie, prowadzi małżonków do dobrowolnego wzajemnego oddania się sobie, które wyraża się w czułych uczuciach i aktach oraz przenika przez całe ich życie; co więcej — sama udoskonala się i wzrasta przez swoje szlachetne działanie. Przewyższa więc zdecydowanie czysto erotyczną skłonność, która nastawiona egoistycznie szybko znika”<sup>4</sup>.

Wyliczając wszystkie istotne elementy małżeństwa przytoczona wypowiedź Soboru ze szczególną mocą podnosi wartość miłości małżeńskiej jako wewnętrznego spoidła małżeństwa oraz wzajemne uświęcenie małżonków z racji sakramentalnego charakteru małżeństwa chrześcijańskiego. Są to dwa czynniki, o których do tej pory było dość głucho zarówno w źródłach, jak i literaturze kanonistycznej. Mając to wszystko na uwadze komisja po długich dyskusjach postanowiła całkowicie zarzucić dotychczasowy podział istotnych celów małżeństwa na cel pierwszorzędny i drugorzędny, a w to miejsce wstawić do kanonu definicję małżeństwa z tym, że będzie ona tak sformułowana, iż wszystkie istotne cele, małżeństwa będą się w niej zawierały *implicite*, bez potrzeby wyliczania ich z imienia. W konsekwencji takich założeń schemat w kan. 243 orzeka, że małżeństwo jest dogłębnym połączeniem całego życia pomiędzy mężczyzną i niewiastą, które z natury swej zdąża do zrodzenia i wychowania potomstwa<sup>5</sup>. I tak po raz pierwszy pojawia się w źródłach prawa kanonicznego oficjalna definicja małżeństwa. Nie było jej dotąd w Kodeksie Prawa Kanonicznego, który w kan. 1081 podaje jedynie definicję zgody małżeńskiej oraz określa przyczynę sprawczą małżeństwa. Jest to więc poważna luka w prawie. Jest to tym bardziej dziwne, że już prawo rzymskie, na którym w dużej mierze wzorowało się prawo kanoniczne, wypracowało kilka definicji małżeństwa. Najbardziej znaną jej definicja Modestyna<sup>6</sup>, a podobną do niej jest definicja Justyniana zapożyczona od Ulpiana<sup>7</sup>. Zestawiając obie definicje z definicją podaną w schemacie, łat-

<sup>4</sup> *Gaudium et spes* nr 48.

<sup>5</sup> „Matrimonium, quod fit mutuo consensu, est (intima) totius vitae coniunctio inter virum et mulierem, quae indole sua naturali ad prolis procreationem et educationem ordinatur”.

<sup>6</sup> *D.* 23,2,1: „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio”.

<sup>7</sup> *Inst.* 1,9,1: „Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens”. Por. H. Inśadowski. *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*. Lublin 1935 s. 57.

wo przychodzi nam stwierdzić w nich całkowitą zbieżność istotnych elementów. Wynika to stąd, że małżeństwo jest instytucją prawa naturalnego.

Według przyjętych na komisji założeń wszystkie istotne cele małżeństwa mają się zawierać *implicite* w definicji małżeństwa. W rzeczywistości jeden z nich — mianowicie zrodzenie i wychowanie potomstwa — jest wyrażony w definicji *explicite*, gdyż wymienia się go z imienia. Natomiast inne cele, również istotne, zawarte są w definicji *implicite* i wyrażają się w słowach: „*intima totius vitae coniunctio*” Takie ujęcie celów małżeństwa nasuwa z konieczności następujące zastrzeżenia. Otóż wbrew założeniom komisji nadal jest utrzymana jakaś hierarchia wartości celów, skoro jeden z nich jest wyrażony w definicji *explicite*, czyli *de nomine*, inne zaś — tylko *implicite*, bez szczegółowego i precyzyjnego wyliczenia. W konsekwencji prowadzi to nieuchronnie do powolnego zaniku w świadomości katolików właściwej oceny i rozeznania wartości poszczególnych celów, ich interpretacji i specyfikacji. I tu kryje się poważne niebezpieczeństwo powstania w przyszłości poważnych różnic w interpretowaniu celów małżeństwa. Taka dowolność jest niedopuszczalna w rzeczach, które dotyczą samej istoty małżeństwa. Byłoby lepiej, gdyby kan. 243 zaraz po przedstawieniu definicji małżeństwa, w której zawiera się *explicite* pierwszorzędny cel małżeństwa, wyliczył również z imienia inne istotne cele, nie nazywając ich ce ami drugorzędnymi. W ten sposób uniknęłoby się niebezpieczeństwa, o którym była mowa przed chwilą. W definicji małżeństwa, zaproponowanej w schemacie, słowo *intima* jest ujęte w nawias jako kontrowersyjne. Oznacza to, że wśród konsultorów nie było zgodnej opinii co do jego przydatności w tym miejscu. W tej sprawie mają się wypowiedzieć biskupi i przedstawiciele nauki z całego świata.

Wydaje się, że słowo *intima* jest w tym miejscu nie tylko przydatne, ale wprost konieczne. Wyżej uwypukliliśmy zbieżność, jaka zachodzi w definicjach Modestyna i Justyniana i w definicji zaproponowanej przez komisję, ale bez słowa *intima*. Zbieżność ta — jak wiemy — nie budzi zdziwienia, gdyż instytucja małżeństwa pochodzi z prawa naturalnego. Musi jednak istnieć jakaś różnica między małżeństwem z prawa rzymskiego a małżeństwem chrześcijańskim, które oprócz wartości naturalnych, jak w każdym małżeństwie, posiada ponadto wartość nadprzyrodzoną z racji sakramentu. I ta wartość musi mieć w definicji małżeństwa chrześcijańskiego odpowiedni wyraz. Właśnie słowa: „*intima coniunctio totius vitae*” — z naciskiem na słowo *intima* — wyrażają wnikliwą więź wewnętrzną z racji sakramentu w małżeństwie chrześcijańskim. Drugi paragraf kan. 243, który jest dosłownym powtórzeniem kan. 1013 § 2 z KPK, wyraźnie przecieży stwierdza, że z racji sakramentu jedność i nierozzerwalność, cechy naturalne każdego małżeństwa, uzyskują w małżeństwie chrze-

ścijańskim szczególną moc (*peculiarem firmitatem*)<sup>8</sup>. A więc jest jakaś poważna różnica między małżeństwem z prawa naturalnego i małżeństwem chrześcijańskim w tym sensie, że małżeństwo sakramentalne, mając wszystkie cechy małżeństwa naturalnego, posiada ponadto wymiary nadprzyrodzone. Uważam więc, że słowo *intima* jest w definicji bardzo przydatne, a nawet konieczne. Jest ono uzasadnione nie tylko na gruncie nadprzyrodzonych wartości w małżeństwie, ale również na gruncie wartości naturalnych. W słowie tym jest bowiem dobrze wyrażona miłość małżeńska — *amor coniugalis* — która w nauce Soboru Watykańskiego II stanowi wewnętrzne spoidło małżeństwa, a w pojęciach chrześcijańskich wyraża się w jedności dusz (*unio animarum*).

2. Dwie wersje proponowanej normy prawnej przynosi również kan. 245 § 2, który odpowiada kan. 1015 § 1 (KPK). Kanon ten określa, na czym polega w prawie fakt konsumacji małżeństwa. Sformułowanie kodeksowe „*si inter coniuges locum habuerit coniugalis actus, ad quem natura sua ordinatur contractus matrimonialis et quo coniuges fiunt una caro*” uznane zostało przez wszystkich konsultorów za zbyt ogólne, gdyż brak w nim uściślonego pojęcia *copulae perfectae seu actus coniugalis*. Zarówno nauka prawa, jak i jureksprudence w oparciu o kan. 1081 § 2 (definicja zgody — przedmiot zgody) określiły to pojęcie jako *actus per se aptus ad prolis generationem*. Zgodzono się więc jednomyślnie, ażeby włączyć te słowa do nowej definicji konsumacji małżeństwa w kan. 245 § 2<sup>9</sup>. Ale nie na tym koniec. Wnet bowiem wyłoniła się wątpliwość, która od razu podzieliła konsultorów na dwie grupy i wywołała napiętą dyskusję. Chodziło o to, czy akt konsumacji należy ujmować tylko w jego wartości fizycznej, czy raczej w sensie aktu ludzkiego (*actus humanus*), czyli z pełnym zaangażowaniem umysłu i woli. Innymi słowy, czy powoduje również konsumację akt fizycznie wprawdzie pełny i doskonały, ale dokonany nieświadomie lub przy użyciu przemocy?

Do tej pory w nauce prawa przeważała opinia, że w takim wypadku (akt fizyczny) ma miejsce prawdziwa konsumacja w sensie prawnym, co również znalazło potwierdzenie w orzeczeniu Świętego Oficjum z 2 II 1949 r.<sup>10</sup> Wielu konsultorów było zdania, że taki pogląd nie da się pogodzić z nauką Soboru Watykańskiego II o małżeństwie, w szczególności zaś o naturze

<sup>8</sup> „*Essentiales matrimonii proprietates sunt unitas ac indissolubilitas, quae in matrimonio christiano peculiarem obtinent firmitatem ratione sacramenti*”.

<sup>9</sup> „*[...] si coniuges inter se (humano modo) posuerunt coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem, ad quem natura sua ordinatur matrimonium, et quo coniuges fiunt una caro*”.

<sup>10</sup> Orzeczenie nie było opublikowane w AAS, zostało zamieszczone w „*Periodica*” (38:1949 s. 220).

aktu małżeńskiego. Oto znamienne słowa konstytucji *Gaudium et spes*: „Actus quibus coniuges intime et caste inter se uniuntur honesti et digni sunt et modo vere humano exerciti donationem mutuum significant et fovent”<sup>11</sup>. Stąd zrodziła się propozycja, ażeby w nowym prawie wyraźnie zaznaczyć, że konsumacja małżeńska powinna nastąpić *humano modo*, żeby w prawie mogła być nazwana prawdziwą konsumacją. Oponenti wysunęli jednak zastrzeżenie, że jeśli w prawie określa się jakąś istotną cechę faktu, to cecha ta winna być taka, aby można było ją udowodnić *in foro externo* łatwo i wyczerpująco. W danym wypadku trudno będzie udowodnić w sposób wystarczający, że konsumacja doszła do skutku *modo non humano*. W głosowaniu większość konsultorów opowiedziała się za tym, by w kanonie przy określaniu konsumacji małżeństwa dodać słowa *humano modo*. Zgodzono się jednak jednomyślnie, ażeby słowa te umieścić w nawiasie i poddać to zagadnienie pod rozważenie biskupom i przedstawicielom nauki<sup>12</sup>. Racja takiej decyzji tkwi w tym, że — jak słusznie wskazywano w dyskusji — w wielu takich wypadkach pomimo wszystko może zaistnieć prawdziwy akt ludzki, przynajmniej wirtualnie, na podstawie zgody wyrażonej przy zawieraniu małżeństwa. Będzie rzeczą ciekawą śledzić, jakie stanowisko w tej sprawie zajmą biskupi i świat nauki.

Osobiście opowiadam się za rozszerzeniem kanonu o słowa *humano modo*. Trudność udowodnienia, że akt małżeński został dokonany *non humano modo*, jest w gruncie rzeczy kwestią faktu i nie dotyka istoty rzeczy. Będzie rzeczą jurysprudencji i nauki prawa wypracować i ustalić środki i sposoby dowodzenia. Zastrzeżenia zaś, że w takich wypadkach jest możliwy *actus humanus* w sensie wirtualnym na podstawie zgody wyrażonej przy zawieraniu małżeństwa, jest w gruncie rzeczy teoretyczną spekulacją, która prawie że nie znajduje pokrycia w rzeczywistości, skoro istnieją rzeczywiście zewnętrzne przejawy prawdziwej przemocy lub stan nieświadomości.

3. Trzeci wypadek alternatywnej propozycji znajduje się w kan. 275, który odpowiada kan. 1059 (KPK). Idzie mianowicie o przeszkodę pokrewieństwa ustawowego. Jest to — jak wiemy — typowy przykład kanonizacji przepisu prawa świeckiego na forum kanonicznym. W prawie kodeksowym źródłem tej przeszkody jest adopcja, czyli przysposobienie. Na komisji wyłoniła się propozycja, ażeby rozszerzyć to źródło i rozciągnąć tę przeszkodę na opiekę prawną (*tutela*), naturalnie o ile miejscowe prawo świeckie uznaje opiekę jako źródło pokrewieństwa ustawowego na

<sup>11</sup> Nr 48.

<sup>12</sup> „Communicationes” 6:1974 s. 191-193.

równi z adopcją<sup>13</sup>. Słowa *ob tutelam* są w kanonie umieszczone w nawiasie, ale nie bardzo rozumiem, dlaczego tak się stało. Jeśli bowiem przyjęło się zasadę, że przejmuje się na forum kanoniczne przeszkodę pokrewieństwa ustawowego z miejscowego prawa świeckiego, to powinno się ją przejąć w takiej postaci, w jakiej ona rzeczywiście występuje w prawie świeckim. Jeśli więc w jakimś regionie prawo świeckie uznaje tę przeszkodę zarówno z adopcji, jak i z opieki, to w takim samym zakresie powinna ona obowiązywać na forum kanonicznym. Co do tego nie powinno być żadnej wątpliwości. Prawo kodeksowe mówi o tej przeszkodzie, wskazując adopcję jako źródło jej istnienia, nie wspominając ani słowem o opiece. Nie wiadomo jednak, czy to było celowe ograniczenie tej przeszkody na forum kanonicznym, czy po prostu zwykłe niedopatrzenie ze strony prawodawcy kościelnego. Nie widzę wystarczającej racji dla takiego ograniczenia. Sądzę więc, że jeśli prawo świeckie uznaje przeszkodę pokrewieństwa ustawowego zarówno z adopcji, jak i z opieki, to powinna ona obowiązywać w całej swojej rozciągłości również i na forum kanonicznym.

Przeszkoda pokrewieństwa ustawowego występuje w kodeksie i w schemacie zarówno w gronie przeszkód wzbraniających, jak i zrywających, gdyż w prawie świeckim zależnie od regionu przybiera ona postać jedną lub drugą, albo w ogóle nie występuje jako przeszkoda małżeńska. Przychodzi nam jednak stwierdzić dziwne zjawisko. Choć w obu kanonach (275, 294 — 1059, 1080) treść tej przeszkody jest identyczna, to jednak w kan. 294, który określa przeszkodę zrywającą, słowa *ob tutelam* nie są ujęte w nawias, a więc inaczej niż w kan. 275, gdzie jest mowa o przeszkodzie wzbraniającej. Powstaje pytanie: działanie celowe czy przeoczenie? I jedno i drugie jest możliwe. A więc jest możliwe, że po prostu nie dopatrzono, że w kan. 294 należy ująć w nawias słowa *ob tutelam*, jak to zrobiono wcześniej w kan. 275. Ale jest też możliwe, że w czasie późniejszej dyskusji nad tą przeszkodą w gronie przeszkód zrywających konsultorzy doszli do wniosku, że nie ma racji stosować dystynkcji między adopcją i opieką w aspekcie skutków prawnych i dlatego włączyli opiekę w treść normy prawnej bez żadnych wątpliwości nie stosując już nawiasu. Przeoczyli jednak, że należy wykreślić nawias zastosowany w kan. 275. Nie ma bowiem racji przypuszczenie, że w kan. 275 celowo zastosowano nawias, natomiast w kan. 294 celowo go opuszczono. W jednym i drugim wypadku występuje bowiem ta sama racja prawna, a więc w obu wypadkach powinna też być identyczna dyspozycja prawa. Istnienie takich niedopatrzeń przy redagowaniu tekstów prawnych nie powinno zbyt-

<sup>13</sup> Can. 275: „Qui lege civili prohibentur nuptias inter se inire ob cognationem legalem eñ adoptioe ortam (vel ob tutelam), vi iuris canonici matrimonium inter se contrahere prohibentur”.

nie dziwić, gdyż przy ogromnej pracy komisji takie zjawisko nie należy do rzadkości. Nie ustrzegli się go nawet — jak pamiętamy — redaktorzy Kodeksu Prawa Kanonicznego.

W związku z dyskusją nad przeszkodą pokrewieństwa ustawowego nasuwa się pewne refleksje natury ogólnej. Otóż wydaje się, że w schemacie nowego prawa przeszkoda ta nie powinna figurować w prawie powszechnym, lecz należałoby ją przenieść do prawa partykularnego. Jak wiemy, przeszkoda ta wyrasta z prawa świeckiego, państwowego, a więc ma charakter lokalny i granice jej obowiązywalności pokrywają się z granicami Kościoła partykularnego (krajowego). W nowym prawie konferencje biskupów otrzymają prawo ustanawiania na swoim terytorium przeszkód wzbraniających i zrywających dostosowanych do lokalnych potrzeb. Przeszkoda pokrewieństwa ustawowego jako wyrastająca z miejscowego prawa świeckiego ma charakter wybitnie lokalny. W obecnych czasach, gdy świat jest wyraźnie podzielony na dwa obozy o krańcowo odmiennych światopoglądach, nie wszystkie przepisy prawa świeckiego w każdym wypadku dadzą się w pełni pogodzić z duchem nauki katolickiej. Prawo powszechne ma to do siebie, że z góry — a więc autorytatywnie — kanonizuje przepis prawa świeckiego na całym świecie, nie analizując jego treści. Można było sobie na to pozwolić w pierwszym dwudziestoleciu XX w., w dobie redagowania Kodeksu Prawa Kanonicznego. Dziś jest inna sytuacja. O tym, czy przepis miejscowego prawa świeckiego zasługuje na kanonizację, może i powinna decydować miejscowa władza kościelna, a więc konferencja biskupów. W wypadku przeszkody pokrewieństwa ustawowego wątpliwości takie może nasuwać szczególnie przeszkoda wyrastająca z opieki.

4. Czwarty wypadek alternatywnej propozycji występuje w kan. 281, który odpowiada kan. 1065 KPK. Wiadomo, że kanon ten traktuje o małżeństwie katolika z osobami niegodnymi (*cum personis indignis*), do których kodeks zalicza odstępcę od wiary katolickiej, który nie przystąpił do innej wspólnoty akatolickiej, i katolika, który wstąpił do stowarzyszenia potępionego przez Kościół. Nowe prawo przyjmuje bez zmian obie kategorie osób niegodnych. Istnieje jednak pewna różnica w porównaniu z prawem kodeksowym. Kodeks wyraźnie uwzględniał tylko takie sytuacje, w których katolik zawiera małżeństwo z osobą niegodną. A więc jedna ze stron musiała być katolikiem<sup>14</sup>. Nowe prawo ujmuje to zagad-

<sup>14</sup> Can. 1065: „Abstereantur quoque fideles a matrimonio contrahendo cum iis, qui [...]”.

nienie szerzej<sup>15</sup>. Widać z tego, że norma przewiduje i dopuszcza wypadek, gdy małżeństwo zawierają osoby, z których każda należy do grona osób niegodnych. Komisja stanęła na stanowisku, że jeśli takie osoby z pewnych względów areligijnych (np. względy rodzinne, miejscowe zwyczaje) pragną zawrzeć małżeństwo w Kościele katolickim, nie należy im tego odmawiać. Wprawdzie nie wypada dopuszczać do katolickiego małżeństwa osób, które nie uznają sensu katolickiego małżeństwa, lecz z drugiej strony osoby takie mają prawo do zawarcia małżeństwa i jak długo podlegają kanonicznej formie zawierania małżeństwa z racji chrztu w Kościele katolickim, są zobowiązane do zachowania tej formy pod sankcją nieważności małżeństwa.

Zarówno w prawie kodeksowym, jak i w nowym prawie małżeństwo *cum personis indignis* nie podpada pod pojęcie małżeństwa mieszanego i stanowi tzw. *matrimonium quasi-mixtum*. Nie ma więc w takim wypadku przeszkody różnicy wyznania, a więc i dyspensa nie jest potrzebna. Ale i tu, i tam jest prawem przewidziana interwencja miejscowego ordynariusza („*parochus ne assistat, nisi consulto ordinario — parochus ne assistat, nisi ordinarius loci [...] licentiam dederit*”). W obu tych wypadkach interwencja ordynariusza nie jest jednak pomyślana tak samo. W prawie kodeksowym jest ona bardziej elastyczna, łagodniejsza; w projekcie nowego prawa jest ona ujęta bardziej rygorystycznie. Zjawisko znaczące, bo jest to proces dokładnie odwrotny do tego, co obserwuje się w innych normach prawa posoborowego.

Prawo kodeksowe stanowi, że ordynariusz po rozpatrzeniu wszystkich okoliczności wypadku może zezwolić na asystencję, byleby nagliła poważna racja i byleby roztropnie osądził, że strona katolicka i potomstwo są wystarczająco zabezpieczone przed niebezpieczeństwem utraty wiary. Przepis prawny nie zobowiązuje jednak ordynariusza do stosowania formalnych rękoi, pozostawiając mu swobodę w stosowaniu środków według własnego uznania dla upewnienia się, czy takie niebezpieczeństwo istnieje. Ta dość elastyczna i łagodna forma interwencji ordynariusza w kan. 1065 da się wytłumaczyć tym, że przez całe minionie wieki uwaga Kościoła, jeśli chodzi o zabezpieczenie wiary drogą formalnych rękoi, była skierowana całkowicie i w pierwszym rzędzie w stronę heretyków i schizmatyków. Tu bowiem widział Kościół właściwe niebezpieczeństwo dla wiary. Grożące zaś dla wiary niebezpieczeństwo ze strony ateizmu nie było przez Kościół w tych czasach w pełni docenione. Taka sytuacja istniała jeszcze na początku XX w., gdy redagowano Kodeks Prawa Kanonicznego. I tak w prawie kodekso-

<sup>15</sup> Can 281: „*Matrimonio eius qui notorie aut catholicam fidem abiicit, etsi ad communitatem acatholicam non transierit, aut societati ab Ecclesia prohibita adscriptus est, parochus non assistat, nisi [...]*”.

wym bije wyraźnie w oczy różnica w ocenie niebezpieczeństwa utraty wiary w obu wypadkach: inna jest postawa Kościoła w kan. 1060-1064 (małżeństwo mieszane) — inna zaś w kan. 1065 (małżeństwo z osobami niegodnymi). Na komisji wyraźnie stwierdzono w dyskusji, że w małżeństwach z osobami niegodnymi grozi stronie katolickiej i potomstwu bardzo często większe niebezpieczeństwo utraty wiary aniżeli w małżeństwach mieszanych<sup>16</sup>.

Zagadnienie to zyskało sporo na wyrazistości w dobie rozwijającego się w Kościele ekumenizmu i w dobie zbliżenia Kościoła katolickiego do innych wspólnot chrześcijańskich. W takim kontekście interwencja ordynariusza w wypadku małżeństwa katolika z osobą niegodną przybrała w projekcie nowego prawa postać bardziej zdecydowaną z wyraźną przymieszką rygoryzmu. Prawodawca mówi tu więc wyraźnie o obowiązku złożenia rękojmi przewidzianych w małżeństwie mieszanym w kan. 277<sup>17</sup>. Użyto tu jednak słowa *convenienter*, ale umieszczono je w nawiasie. Wielu konsultorów było zdania, że ze względu na szczególną sytuację w takich małżeństwach, o której była wyżej mowa, należy zawsze stosować rękojmie i to w całej rozciągłości; natomiast inni konsultorzy byli zdania, że ordynariusz określi w każdym wypadku rozpiętość obowiązkowych rękojmi zależnie od własnej oceny wypadku. Taka jest racja umieszczenia słowa *convenienter* w nawias. Będzie więc rzeczą ciekawą, jaką zastosuje się procedurę w wypadku, gdy oboje nupturienci okażą się osobami niegodnymi. Wiadomo bowiem, że obecnie po motu proprio *Matrimonia mixta* rękojmie nakłada się tylko na stronę katolicką. Jeśli więc kan. 281 nakazuje stosowanie rękojmi z kan. 277, należy je z konieczności stosować, ale nie wiadomo, na którą z dwóch niegodnych osób należy je nałożyć. Będzie też ciekawe, jakie stanowisko w tej sprawie zajmą biskupi i przedstawiciele nauki.

Sprawa nie jest prosta. Dla przykładu podam, że Episkopat Polski w dokumencie *Wskazania Episkopatu Polski w sprawie realizacji m.p. Matrimonia mixta* z 1971 r. zajmuje w tej sprawie wyraźne stanowisko, choć zagadnienie to nie wchodzi w zakres spraw poruszanych przez dokument papieski. Na podstawie kan. 1065 biskupi polscy żądają złożenia rękojmi przez obie strony. Z punktu widzenia formalnego wszystko jest w porządku, gdyż kan. 1065 nie został zniesiony i do tej pory obowiązuje, a złagodzone rękojmie z dokumentu papieskiego odnoszą się tylko do małżeństw mieszanych. Projekt nowego prawa, choć nakazuje w takich wypadkach stosowanie rękojmi, czyni wyraźnie wzmiankę, że chodzi o rękojmie w nowym wydaniu.

<sup>16</sup> „Communicationes” 5:1973 s. 71.

<sup>17</sup> Can. 281: „[...] nisi ordinarius loci servatis normis de quibus in can. 277, ad singulos casus (convenienter) aptatis licentiam dederit”.

5. Piąty wypadek alternatywnej propozycji występuje w kan. 283 § 1, który odpowiada kan. 1068 § 1 KPK. Idzie tu o ustalenie przeszkody niemocy płciowej. Nawiasem dodam, że w nowym prawie — zgodnie z ustaleniami nauki prawa i jurysprudencji — przeszkoda ta występuje już w precyzyjnym ujęciu jako *impotentia coeundi*. Dwie równorzędne propozycje sformułowań, występujące w tym kanonie, dotyczą określenia właściwego źródła, z którego niemoc płciowa posiada moc rozrywającą. Idzie więc o odpowiedź na pytanie, czy *vis irritativa* płynie tu z prawa naturalnego (*lex inhabilitans personam*), czy raczej nieważność małżeństwa wypływa z samej natury małżeństwa. Stąd płynie alternatywne sformułowanie kanonu<sup>18</sup>. Słowa *ex ipsa natura matrimonii* są umieszczone w nawiasie. Wprawdzie za pierwszym rozwiązaniem (*ipso iure naturae*) opowiedziała się większość konsultorów, ale drugie rozwiązanie miało również sporo zwolenników. Problem sam w sobie jest złożony i niełatwy do rozwiązania. Powstała najpierw wątpliwość, czy niemoc płciową jako tytuł nieważności małżeństwa należy dalej utrzymać w dziale przeszkód małżeńskich, czy raczej należałoby ją zaliczyć do rzędu wadliwości ze strony zgody małżeńskiej.

Powszechnie przyjmuje się w nauce prawa i jurysprudencji, a ściśle mówiąc i z punktu widzenia dogmatyki prawa, że właściwszym miejscem dla niemocy płciowej jako tytułu nieważności byłby dział o wadliwościach zgody, a nie dział o przeszkodach małżeńskich. Wychodząc bowiem z definicji przeszkody w ogóle, należy stwierdzić, że przeszkoda jest okolicznością lub przymiotem, które z postanowienia prawa czynią osobę niezdolną do zawarcia małżeństwa, choć osoba sama w sobie taką zdolność posiada. Cała moc rozrywająca przeszkody płynie więc z dyspozycji prawa, która uniezdalnia osobę do ważnego lub godziwego zawarcia małżeństwa. Inaczej jest przy niemocy płciowej. Tutaj nieważność wypływa nie z postanowienia prawa, lecz z natury rzeczy, tzn. na podstawie anormalnej konstytucji fizycznej podmiotu (organicznej czy funkcjonalnej), dzięki czemu jest on niezdolny (*incapax*) do przekazania drugiej stronie tego, co stanowi istotny przedmiot zgody małżeńskiej, tj. *ius in corpus in ordine ad actus de se aptos ad prolis generationem*. Nikt bowiem nie może przekazać tego, czego sam nie posiada. Sprawa, choć jasna, uległa jednak skomplikowaniu z innej strony.

W ostatnich czasach powstał w nauce prawa problem ustanowienia nowego tytułu nieważności małżeństwa polegającego na niezdolności podmiotu do podjęcia istotnych zobowiązań małżeńskich (*incapacitas assumendi onera seu servandi obligationes essentialis matrimonii*), określa-

<sup>18</sup> Can. 283 § 1: „*Impotentia coeundi [...] matrimonium ipso iure naturae (ex ipsa natura matrimonii) dirimit*”.

nego przez niektórych autorów mianem *impotentia moralis seu psychica*. Źródłem istnienia takiej niezdolności są poważne anomalie psychoseksualne. Oba tytuły stanowią całkiem odrębne tytuły nieważności, choć w swojej treści są do siebie bardzo zbliżone. Niemoc moralna jako tytuł nieważności została włączona do nowego prawa. Powstał więc problem: czy oba te tytuły, jako tytuły odrębne, lecz nieco zbliżone do siebie, należy umieścić w tym samym dziale prawa małżeńskiego (albo przeszkody, albo wadliwości zgody), czy raczej należy je rozłączyć. Ściśle mówiąc, mogłyby one wystąpić w tym samym dziale prawa, gdyż istotną i wspólną ich cechą jest niezdolność podmiotu do podjęcia zobowiązań małżeńskich lub niezdolność do przekazania tego, co stanowi istotny przedmiot zgody małżeńskiej. Po dyskusjach zgodnie stwierdzono, że należy oba tytuły mimo podobieństw rozłączyć i umieścić w różnych działach prawa małżeńskiego: niemoc płciową w dziale przeszkód małżeńskich, a niemoc moralną w dziale o wadliwościach zgody, przy czym postanowiono całkiem zaniechać używania terminu *impotentia moralis seu psychica*, a w to miejsce wprowadzić określenie opisowe<sup>19</sup>: „sunt incapaces matrimonii contrahendi qui ob gravem anomaliam psycho-sexualem obligationes matrimonii essentielles assumere nequeunt”. O takim wyniku dyskusji zadecydowały dwa argumenty: jeden zewnętrzny<sup>20</sup> — drugi wewnętrzny. Do racji zewnętrznych należą: obawa przed konfuzją pojęć bliskoznacznych (*impotentia physica* — *impotentia moralis*); troska o zachowanie ciągłości linii przyjętej w całej tradycji zarówno w przepisach prawa, jak i w nauce prawa oraz jurysprudencej odnośnie do niemocy płciowej, gdyż była ona zawsze zaliczana do rzędu przeszkód małżeńskich; wreszcie wzgląd na prawo świeckie, które z reguły umieszcza niemoc płciową w gronie przeszkód małżeńskich. Argument wewnętrzny: w czasie dyskusji na komisji podniesiono, że choć oba tytuły nieważności są do siebie zbliżone i oba powodują niezdolność osoby do podjęcia zobowiązań małżeńskich, to jednak istnieje między nimi poważna różnica, która przemawia za tym, ażeby umieścić je w różnych działach prawa małżeńskiego. Mianowicie niemoc płciowa stanowi brak fizyczny (organiczny lub funkcjonalny), który bezpośrednio nie dotyczy władz psychicznych w ich działaniu, a więc od strony intelektu i woli impotent może podjąć zgodę małżeńską, choć będzie ona prawnie nieskuteczną. Trudno więc w takim wypadku mówić o wadliwościach ze strony intelektu i woli. Inaczej jest przy niemocy moralnej. Taka niemoc dotyczy bezpośrednio władz psychicznych, szczególnie woli, stąd można i trzeba tu mówić o brakach zgody ze strony woli lub umysłu.

<sup>19</sup> Kan. 297.

<sup>20</sup> „Periodica” 61:1972 s. 47-80.

✓ Jest to zresztą wyraźnie zaznaczone w samej definicji tego pojęcia: *ex gravi anomalia psychosexuali* <sup>21</sup>.

W całym przedstawionym kontekście, który celowo ukazałem szeroko, należy teraz rozstrzygnąć *dubium*, postawione na początku: z czego wypływa moc rozrywająca niemocy płciowej? Z prawa natury czy z samej natury małżeństwa? Moim zdaniem czynnikiem rozstrzygającym jest tu sam fakt umieszczenia niemocy płciowej w dziale przeszkód małżeńskich. Jeśli przeszkoda, to i samo sformułowanie jej treści musi odpowiadać pojęciu przeszkody. Przeszkoda zaś, jak wiemy, to *lex inhabilitans personam ad matrimonium contrahendum*. Prawo, o którym tu mowa, to prawo naturalne. A więc kanon ten winien przybrać brzmienie: *impotentia coeundi matrimonium ipso iure naturae dirimit*. Zaznaczam jednak, że drugie sformułowanie nie jest błędne, ani też mniej stosowne. Co więcej, w imię ścisłości prawnej i z punktu widzenia dogmatyki prawa jest ono nawet bardziej uzasadnione. Gdyby jednak to drugie sformułowanie znalazło się w kan. 283, a więc w gronie przeszkód małżeńskich, wytworzyłby się wyraźny dysonans, gdyż takie sformułowanie odpowiada brakom ze strony zgody, a kłóci się z pojęciem przeszkody małżeńskiej.

6. Szósty wypadek alternatywnej propozycji znajduje się w kan. 315, który nie posiada swojego odpowiednika w prawie kodeksowym. Jest to zupełnie nowy kanon w dziedzinie formy zawierania małżeństwa. Po określeniu warunków ważnej asystencji z władzy zwyczajnej i delegowanej komisja poszukuje właściwego środka zaradczego, by zapewnić ważność małżeństwu, które jest zawierane nieważnie nie z winy nupturientów, lecz z tego powodu, że świadek urzędowy albo w ogóle nie posiada uprawnień do asystowania, albo posiadana przez niego delegacja jest prawnie wadliwa. Prawo kodeksowe nie posiada żadnego środka zaradczego, który by zapewniał takiemu nieważnemu małżeństwu ważność w samym momencie jego zawierania. Dopiero z odpowiedzi Komisji Interpretacyjnej z 26 III 1952 r. stało się jasne, że w takim wypadku następuje uzupełnienie jurysdykcji z mocy samego prawa w ramach kan. 209 <sup>22</sup>. Obecnie projekt nowego prawa daje do wyboru dwa środki zaradcze i stąd alternatywna propozycja rozwiązań. O jakie środki tu chodzi? Pierwszy z nich to *sanatio in radice*, czyli uzdrowienie małżeństwa w zawiązku. Drugi — to aplikacja zasady, że Ko-

<sup>21</sup> „Communicationes” 7:1975 s. 54-55.

<sup>22</sup> AAS 44:1952 s. 497.

ściół uzupełnia z mocy samego prawa jurysdykcję w wypadku powszechnego błędu i pozytywnej wątpliwości<sup>23</sup>.

Alternatywna propozycja rozwiązań w tym wypadku wyraźnie odbiega od ujęcia, jakie występowało w pięciu dotychczas omówionych wypadkach. Tam komisja proponowała jeden kanon, a alternatywna propozycja dotyczyła jednego, dwu lub trzech słów, które w jakiś sposób zmieniały w części strukturę kanonu. Tutaj proponuje się do wyboru dwa całkiem różne kanony, czyli dwa różne środki zaradcze, które zmierzają do tego samego celu. Spróbujmy ocenić jedną i drugą propozycję.

Uzdrowienie w zawiązku ma tę dodatnią stronę, że uważnienie małżeństwa, które dochodzi do skutku z mocy samego prawa, jest zawsze i zaraz od początku pewne oraz wyklucza od razu jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, czy małżeństwo rzeczywiście uległo uważnieniu. Uwarunkowania, przewidziane w prawie, są tego rodzaju, że na forum zewnętrznym są łatwo sprawdzalne, a więc i działanie tego środka prawnego jest w każdym wypadku całkowicie pewne. Uwarunkowania są następujące: małżeństwo jest zawierane wobec dwóch zwykłych świadków, w kościele lub kaplicy, kapłan asystujący nie posiada od władzy kościelnej zakazu asystowania przy małżeństwach.

Uzupełnienie uprawnienia do asystowania nie daje takiej pewności na forum zewnętrznym, gdyż uwarunkowania do działania tego środka prawnego są trudno sprawdzalne w konkretnym wypadku: np. wypadek błędu powszechnego. Stan niepewności co do faktu uważnienia małżeństwa będzie więc tu trwał bez końca. Praktycznie stan ten ulegnie wyjaśnieniu dopiero w wypadku, gdy strony wniosą sprawę do sądu kościelnego o stwierdzenie nieważności małżeństwa z tytułu braku formy kanonicznej, a sąd po dokładnym zbadaniu sprawy orzeknie, że małżeństwo jest ważne, gdyż nastąpiło z mocy prawa uzupełnienie uprawnienia do asystowania z racji błędu powszechnego lub pozytywnej wątpliwości.

Oba środki zaradcze mają też ujemną stronę, która polega na tym, że kapłani świadomi tego, iż Kościół poprzez oba środki zaradcze zapewni zawsze ważność małżeństwu, będą podchodzić do sprawy starania się o prawomocną delegację mniej sumiennie. Istota zagadnienia polega jednak na tym, że Kościołowi chodzi o rzecz pierwszorzędnej wagi:

<sup>23</sup> Can. 315: „Matrimonium contractum assistente sacerdote vel diacono, facultate assistendi carente, Ecclesia a momento celebrationis in radice sanat, dummodo matrimonium celebretur coram duobus testibus in ecclesia vel oratorio et assistens ab auctoritate ecclesiastica non sit prohibitus ne matrimonio assistat.

In errore communi de facto aut de iure, itemque in dubio positivo et probabili, sive iuris sive facti, facultatem assistendi supplet Ecclesia”.

zapewnienie ważności małżeństwu, które inaczej byłoby wobec prawa nieważne, oraz zapewnienie nupturientom będącym z reguły w dobrej wierze udziału w łasce sakramentalnej.

Osobiście uważam, że z dwóch proponowanych środków zaradczych należy wybrać jako lepszy uzdrowienie małżeństwa w zawiązku z mocy samego prawa (*sanatio in radice*).

## LES PROPOSITIONS ALTERNATIVES DES SOLUTIONS DANS LE PROJET D'UN NOUVEAU DROIT MATRIMONIAL

### R é s u m é

L'auteur présente les propositions alternatives des solutions dans le schéma des normes du nouveau droit matrimonial et apporte une appréciation critique de leur valeur. Il existe six cas différents. Ainsi — dans la définition du mariage il se prononce pour le maintien du mot *intima* lequel distingue nettement le mariage chrétien et le mariage naturel. Le mot *intima* insiste, d'une part, sur les valeurs surnaturelles dans le mariage et, d'autre part, accentue — comme le fait avec force le concile Vatican II — sur le plan des valeurs naturelles celle de l'amour conjugal; en outre, il souligne davantage les différentes fins du mariage que la définition ne contient qu'implicitement. Dans la définition du fait de la consommation du mariage, il convient de mettre *humano modo*; il s'agit là en effet non uniquement de l'acte physique dans la consommation, mais bien d'un acte humain — *actus humanus* — qui engage pleinement l'intellect et la volonté et qui fait que les époux deviennent un seul et même corps (*una caro*). La difficulté de rendre évident ce manque n'est que *quaestio facti non autem quaestio iuris*. La jurisprudence déterminera les critères qui permettront de prendre une décision satisfaisante. Quant à la définition de l'empêchement de la parenté légale ou adoptive, il serait utile d'y introduire les mots *vel ob tutelam* puisque le droit civil emploie souvent cette formule dans le cas d'un pareil empêchement. Par ailleurs, l'auteur est d'avis que dans la situation actuelle cet empêchement ne devrait relever du droit général, mais du droit particulier. La décision en la matière revient, en plus, à la Conférence des Evêques en tant qu'a l'organisme qui connaît le mieux la situation locale. Dans le cas du mariage avec les indignes, il est nécessaire de rendre strictement obligatoire l'engagement apporté par la partie catholique, conformément à motu proprio *Matrimonia mixta* de 1970; en effet, l'expérience des dernières années prouve que le péril de perversion est, dans le cas de ces mariages, infiniment plus grand que dans celui des mariages mixtes. C'est la raison pour laquelle l'auteur est pour la suppression du mot *convenienter*. Dans la définition de l'empêchement d'impuissance, il convient de maintenir l'expression *ex ipso iure naturae*. L'impuissance faisant partie d'empêchement au mariage, une telle mesure s'impose. Le trait essentiel de l'empêchement est constitué par le fait que la disqualification de la personne vient d'une loi — le cas échéant, il s'agit de la décision du droit naturel. Dans le cas de la nullité du mariage résultant de l'absence des qualifications du prêtre officiant, il convient de choisir comme mesure préventive *sanatio in radice*; son efficacité *in foro externo* a été prouvée. Par contre, l'application du principe *Ecclesia supplet facultatem assistendi* n'assure pas le même certitude. Pour ce qui est des sacrements, il serait inadmissible de tolérer l'incertitude.